

Id Cendoj: 28079120012010100004
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 953/2009
Nº de Resolución: 9/2010
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

* Delito contra la salud pública.* Motivación de las interceptaciones telefónicas.* Cuantía de la multa impuesta.* Dilaciones indebidas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del acusado **Cesareo** contra Sentencia de 16 de marzo de 2009 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, dictada en el Rollo de Sala núm. 5/2008, dimanante del P.A núm. 194/2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Briviesca, seguido por delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Bejarano Sánchez y defendido por el Letrado Don Juan Padilla Navarrete.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Briviesca incoó P.A. núm. 194/2005 por delito contra la salud pública contra **Cesareo** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, que con fecha 16 de marzo de 2009 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Que se considera expresamente probado y así se declara que Cesareo , mayor de edad y sin antecedentes penales, en el mes de abril de 2005 se dedicaba a la venta de cocaína y otras sustancias estupefacientes, tanto en su domicilio de Lences de la Bureba como en otras zonas de la provincia de Burgos, citándose con los compradores por teléfono y utilizando para esos fines su teléfono móvil núm. NUM000 .

Sometido a vigilancia por agente de la Policía Nacional, se solicitó del Juzgado de Instrucción de Briviesca la intervención y escucha de dicho teléfono móvil, autorización otorgada por auto de fecha 25 de abril de 2005. En virtud de dichas escuchas se tuvo conocimiento que sobre las 20 horas del día 19 de abril de 2005, iban a realizar una venta de cocaína en la parada de autobuses de la localidad de Poza de la Sal, por lo que se estableció la correspondiente vigilancia. A la hora indicada llegó al lugar Cesareo conduciendo el turismo Ford Fiesta, color azul oscuro y con matrícula RE-....-R , propiedad de Cesareo , yendo acompañado de otra persona que resultó ser Lucio , procediendo los agentes a interceptar el referido turismo, no sin antes tirar el conductor, Cesareo , dos paquetes de tabaco que contenían cocaína, distribuida en seis envoltorios de plástico blanco y azul y cerrados con un alambre plastificado de color azul. Dichos paquetes fueron recuperados por los agentes policiales, teniendo la cocaína ocupada un peso de 5.92 gramos.

Tras ello se solicitó del Juzgado de Instrucción de Briviesca mandamiento de entrada y registro del domicilio del detenido, sito en la CARRETERA000 , núm. NUM001 , y del garaje por él utilizado, sito en la

Plaza de la Bolera, ambos en la localidad de Lences de Bureba. La entrada y registro fue autorizada por auto de fecha 25 de abril de 2005 .

Al ir a proceder al cumplimiento de la entrada y registro, Cesareo manifestó voluntariamente que tenía el dinero, la droga y una balanza de precisión en una lonja sita en la calle San Esteban acompañando a la comisión judicial hasta ella y autorizando su entrada. Ya en el interior subió a la cabina de un camión allí estacionado y sacó de su interior y entregó voluntariamente a la comisión judicial:

1.- 336,24 gramos de cocaína , con una riqueza del 79,19%.

2.- 51,93 gramos de cocaína, con una riqueza del 79,40%.

3.- 49,61 gramos de cocaína, con una riqueza del 80,91%.

4.- 1, 08 gramos de anfetamina.

5.- 0,46 gramos de MDMA.

6.- 0,51 gramos de semillas e hachís.

7.- 2,36 gramos de hachís.

Las sustancias intervenidas hubieran alcanzado un precio de venta de 40.226,55 euros.

Asimismo se ocupó en dicho lugar al acusado el teléfono móvil núm. NUM000 una balanza de precisión marca Tanita y 17.950 euros producto de ventas anteriores."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento** :

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Cesareo como autor criminalmente responsable en grado de consumación de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, ya definido a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, MULTA DE SESENTA MIL EUROS CON SEIS MESES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CASO DE IMPAGO Y COSTAS PROCESALES.

Una vez firme la presente sentencia dése a las piezas de convicción (balanza, teléfono móvil y dinero aprehendido) el destino legalmente establecido y procédase a la destrucción de la droga intervenida."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado **Cesareo** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Cesareo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

1º.- Infracción de precepto constitucional. Infracción del *art. 18.3 de la C.E . vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.*

2º.- Infracción de ley, infracción del *art. 368 del C. penal .*

3º.- Infracción de Ley por no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del *art. 21.6 del C. penal* , como muy cualificada.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó la inadmisión del mismo y su desestimación, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de enero de 2010, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, condenó a Cesareo como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal de aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se viabiliza por vulneración constitucional del secreto de las comunicaciones, proclamado en el *art. 18.3 de nuestra Carta Magna*.

Antes de resolverlo, hemos de poner de manifiesto que el recurrente no impugnó este aspecto probatorio por la vía indicada de infracción constitucional, ni siquiera mediante la proposición de una cuestión de carácter previo ante la Sala sentenciadora de instancia al comienzo de las sesiones del juicio oral, ni por supuesto en su escrito de defensa, limitándose a realizar alegaciones de este tipo en fase de informe oral, al finalizar la vista. Semejante proceder se encuentra fuera de toda ortodoxia procesal, si bien, por tratarse de un derecho fundamental, examinaremos esta queja casacional en esta instancia.

Los requisitos que según doctrina de esta Sala han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas son: 1') La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. 2') La finalidad exclusivamente investigadora, en su caso, probatoria, de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo. 3') La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo. 4') La proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida. 5') La limitación temporal de la interceptación de las comunicaciones telefónicas. La *Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza (artículo 579.3 .º)* períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal. 6') La especialidad del hecho delictivo que se investigue pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos. 7') La medida además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. 8') La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la Policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estimase conveniente. 9') La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste. 10') Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada; riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y cuya importancia exige del Juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte. 11') La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

En el desarrollo de su motivo, se limita el recurrente a poner de manifiesto que la solicitud policial de intervención telefónica "no contenía dato alguno incriminatorio", siendo así que en el acto de la vista "se aportaron datos distintos de los recogidos en el atestado policial". Con este alegato parece reconducir el autor del recurso esta censura casacional a la propia motivación que acuerda tal injerencia.

Consta en la causa un oficio de carácter policial, que lleva fecha de 25 de abril de 2005, suscrito por el Comisario Jefe Provincial, del Cuerpo Nacional de Policía, de Burgos, en donde se pone de manifiesto que en el contexto de las investigaciones del Grupo de Estupefacientes adscrito a la misma, se ha tenido conocimiento de que Cesareo se dedica a la venta al menudeo de drogas, principalmente cocaína, la que suministra a consumidores y a otros pequeños traficantes. De modo que se realizan gestiones para su comprobación, y tras las vigilancias oportunas, de las que se da cuenta, tanto de sus desplazamientos como de su domicilio, se ha podido acreditar de forma policial que asisten a su casa numerosos consumidores, los cuales permanecen en tal vivienda un breve espacio de tiempo -se dice que nunca más de tres minutos-, de

manera que probablemente allí se verifican los intercambios de dinero por droga. El investigado cambia frecuentemente de teléfono móvil, lo que sugiere una medida de seguridad para evitar interceptaciones, y ante la dificultad de seguir la investigación por otros medios, es por lo que se solicita la intervención del número 606.971.878, que utiliza el sospechoso.

Con estos datos, recae un Auto judicial, de la propia fecha (25-04-2005), en donde se analizan todos los requisitos que hemos diseñado para conceder tal autorización, y en cuyo segundo fundamento jurídico, se ponen de manifiesto los elementos indiciarios expuestos, especialmente la afluencia de consumidores y el cambio reiterado y periódico de número telefónico. De igual modo, y en punto a la proporcionalidad de la medida, nos encontramos ante una infracción grave, castigada con pena de entre tres a nueve años de prisión, más multa, en su modalidad básica, que satisface plenamente los requisitos de proporcionalidad, más los de necesidad y subsidiariedad, por lo que el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo, articulado por pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el *art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, denuncia la cuantía de la multa, por aplicación indebida del *art. 368 del Código penal*, que ha sido impuesta en la sentencia recurrida en la suma de sesenta mil euros.

El *art. 377 del Código penal* establece que "para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los *arts. 368 al 372*, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será *el precio final del producto* o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener". En los hechos probados de la sentencia recurrida se dispone que "*las sustancias intervenidas hubieran alcanzado un precio de venta de 40.226,55 euros*", y en la modalidad prevista en el *art. 368 del Código penal*, por el que ha sido condenado el recurrente, la cuantía de la multa será del *tanto al triplo* del valor de la droga objeto del delito, si se tratare -como es el caso- de sustancias o productos que causen grave daño a la salud.

Así pues, la multa impuesta de 60.000 euros se encuentra situada en algo menos del doble de tal cifra, por lo que el Tribunal de instancia no infringió la ley en su determinación, y fue individualizada dentro de las peticiones del Ministerio Fiscal, salvaguardándose igualmente el principio acusatorio.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- Por el tercer motivo el recurrente pretende la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas (*art. 21.6ª del Código penal*), de creación jurisprudencial.

El Tribunal sentenciador ya razona en el fundamento jurídico sexto *in fine*, que si bien el proceso, en su fase intermedia, estuvo paralizado desde el día 6 de junio de 2007 hasta el 10 de enero de 2008, ello fue debido a la exclusiva actuación de la defensa, que tardó en presentar el correspondiente escrito de conclusiones provisionales (escrito de defensa), el meritado lapso temporal. Es por ello, que, ahora en el recurso, se acuda a otro plazo distinto, cual es una paralización que denuncia en la instrucción sumarial, desde el día 12 de enero de 2006 hasta el 8 de mayo de 2007. Hemos repasado la causa, y tal paralización es inexistente, en los términos planteados, y pueden comprobarse diversas diligencias de instrucción en fechas intermedias a dicha franja temporal (providencia de fecha 8-2-2006, informe sobre tasación del valor de las sustancias estupefacentes aprehendidas - 16-2-2006-, providencias de fechas 20-3 y 28-3-2006, escrito del Ministerio Fiscal solicitando nuevas diligencias -3-5-2006-, providencia 11-12-2006, etc).

En consecuencia, este motivo tampoco puede prosperar.

QUINTO.- Las costas procesales se impondrán al recurrente por la desestimación de su recurso (*art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **Cesareo** contra Sentencia de 16 de marzo de 2009 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas originadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándoles acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Saavedra Ruiz Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose**

Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.